الأحكام القانونية
للاتفاقات المتعلقة بالمسئولية العقدية
في الالتزامات الطبية

أعداد

د/ عادل عبدالحميد الفجال

دكتوراه في القانون الخاص – كلية الشريعة والقانون

جامعة الأزهر- أستاذ القانون الخاص المساعد

وعضو الرقابة والتفتيش بالجهاز المركزي للمحاسبات بالقاهرة

مقدمة البحث

الحمد لله الذي خلق فسوى، والذي قدر فهدى، والذي أخرج المرعى، فجعله غثاءً أحوى، والصلاة والسلام على سيد البشرية، وأستاذ الإنسانية، محمد بن عبد الله.

وبعد

فإن المسئولية تتحقق عند المخالفة للقاعدة القانونية، وذلك بأن يسلك الشخص مسلكاً خارجاً يترتب عليه وقوع ضرر للمجتمع أو أحد أفراده، أو يكون من شأنه التهديد بوقوع مثل هذا الضرر، فالقانون هو المحور والأساس الذي يحدد ما إذا كان الشخص يعد مسئولاً أم لا ، فإذا خالف الشخص أي نص قانوني في أي فرع من فروع القانون فإنه يُعد بمخالفته هذه مسئولاً عن هذه المخالفة، وإذا لم تقع المخالفة لنص القانون تنتفي المسئولية القانونية، ومن ثم فلا مجال للعقاب عليها أياً كان نوعه.

فالمسؤولية بشكل عام هي واجب تحمل الأضرار التي سببها الشخص للغير بفعله، وهذا الواجب قد يأتي في صورة مخالفة قاعدة قانونية، فتكون المسؤولية قانونية، وقد تأتي في صورة مخالفة قاعدة دينية أو خلقية أو سياسية، فتكون المسؤولية على التوالي دينية أو خلقية أو سياسية، والمسؤولية القانونية؛ إما أن تكون مخالفة لقواعد القانون الدولي العام، فتكون مسؤولية دولية، وقد تأتي مخالفة لقاعدة دستورية، فتكون مسؤولية دستورية، وإذا كانت مخالفة لقاعدة جنائية، كانت مسؤولية جنائية، وأخيراً فإنها تكون مسؤولية مدنية، إذا جاءت مخالفة لإحدى قواعد القانون المدني. والمسؤولية المدنية؛ إما أن تأتي نتيجة إخلال بالتزام عقدي، فتكون مسؤولية

عقدية، وهي تفترض وجود عقد والتزام تم الإخلال به، ومسؤولية تقصيرية، وهي النوع الثاني للمسؤولية المدنية، وهي تأتي نتيجة مخالفة قاعدة سلوك تؤدي إلى الإضرار بالغير. ولئن حظي العقد بأهمية فائقة في الدراسات القانونية، فإن مباحث المسؤولية المدنية تُعد أيضاً من المباحث التي لم يأل الشراح جهداً في التصدي لها، ومن ضمن تلك المباحث التي أثارت الاهتمام مباحث الشروط والاتفاقات المتعلقة بالمسؤولية التي تهدف؛ إما إلى إلغائها أو تحديدها، أو تشديدها، فتكون في الحالة الأولى شرط إعفاء من المسؤولية، وفي الثانية شروطاً محددة لها، وتكون في الأخيرة مشددة لها. فهل يصح قانوناً ومنطقاً أن يتخلص الشخص من مسؤوليته باتفاق سابق على تحققها؟ تلك هي المسألة التي أثارت وما زالت تثيرها اتفاقات المسؤولية أو الإعفاء منها. والجواب بلا شك يتضمن اجتهادات بالغة الأهمية على الفقه القانوني، وعلى السلوك الإنساني؛ فمن ناحية منطقية: أليست المسؤولية قرينة الحرية؟ وإذا كان الأمر كذلك، فإن من كان حراً يجب أن يكون مسؤولاً، فكيف يصح التخلص من المسؤولية؟ ومن ناحية قانونية: ألا يمثل إلغاء المسؤولية تخلصاً مما اتجهت إليه الإرادة؟ إذ ليس من الجديد أن نقول أن العقد وليد الإرادة، وأنه متى "أراد" الشخص أن يلتزم، فإنه ليس من المقبول، للوهلة الأولى، أن يتهرب من نتيجة إخلاله بذلك الالتزام؟[1]

وبناءً عليه : ولما كانت المسئولية الطبية إنما هي : " الأثر المترتب على خروج الطبيب عما يجب أن يكون عليه من الحذق والتبصر عند ممارسته مهنته ". فإنني أردت من خلال هذا البحث إلقاء الضوء على الأحكام القانونية لاتفاق أطراف

(١) د/أحمد مفلح خوالده : شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية " دراسة مقارنة" ، طبعة ٢٠١١م، صـ ١٩ .

العلاقة التعاقدية في الالتزامات الطبية، كأن يتفق طرفي العقد– الطبيب والمريض – على أثر المسئولية – التعويض – من حيث التشديد على المسئولية، وذلك ينصب في مصلحة المريض، وإما أن يتفقا على التخفيف من المسئولية، وهو أن يحصل المريض المضرور على تعويض إلا إنه ليس بالقدر الكافي أو الوافي للضرر، وإما أن يتفقا على الإعفاء من المسئولية نهائياً ، وهو ما يُصب في مصلحة الطبيب وليس للمريض فيه من شيء، وعلى ذلك أتناول في هذا البحث الصور الثلاث المختلفة والمتدرجة من الشدة إلى الإعفاء مروراً بالتخفيف، وذلك تباعاً[١] .

خطة البحث

يتضمن هذا البحث مقدمة وثلاثة مباحث وخاتمة وذلك على النحو التالي:

المبحث الأول : المسئولية العقدية والفرق بينها وبين المسئولية التقصيرية

المطلب الأول : تعريف المسئولية العقدية .

المطلب الثاني : الفرق بينها وبين المسئولية التقصيرية.

المبحث الثاني : طبيعة المسئولية الطبية

المطلب الأول: التكييف الشرعي للمسئولية الطبية.

المطلب الثاني: التكييف القانوني للمسئولية الطبية.

---

(١) د/محمود جمال الدين زكي: الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، صـ٤٤٢، طبعة جامعة القاهرة، الطبعة الثالثة، ١٩٧٨م، د/رأفت محمد أحمد حماد: مسئولية الجراح عن العمليات الجراحية في القانون المدني" دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي"، بحث منشور بمجلة البحوث الفقهية والقانونية بكلية الشريعة والقانون بدمنهور، العدد العشرون ٢٠٠٥م، صـ ٩١١ .

المبحث الثالث: التكييف القانوني للاتفاقات المتعلقة بالمسئولية العقدية في الالتزامات الطبية

المطلب الأول : الاتفاق على تشديد المسئولية .

المطلب الثاني : الاتفاق على تخفيف المسئولية .

المطلب الثالث : الاتفاق على الإعفاء من المسئولية .

الخاتمة: وتتضمن أهم نتائج البحث .

المبحث الأول

المسئولية العقدية والفرق بينها وبين المسئولية التقصيرية

المسئولية في القانون بوجه عام تعني : " حالة الشخص الذي ارتكب أمراً يستوجب عليه المؤاخذة"[١]، فالمسئولية تعني المؤاخذة، وتتطلب وقوع فعل ضار يجب مؤاخذة فاعله عليه، فإذا لم يقع الفعل الضار، فإنه يمكن القول بانتفاء المسئولية .

ولذلك عرفها البعض بأنها: " اقتراف أمر يوجب مؤاخذة فاعله" ، فإذا ارتكب الشخص أي أمر من الأمور، وكان الأمر مُخالفاً لقاعدة قانونية، ولم يترتب على هذا الأمر وقوع ضرر لفرد من الأفراد أو للمجتمع ذاته، أو كان هذا الأمر لم ينشأ عنه تهديد بوقوع ضرر، فإن الشخص في هذه الحالة يكون بمنأى عن المسئولية[٢].

وتتحقق المسئولية عند المخالفة للقاعدة القانونية، وذلك بأن يسلك الشخص مسلكاً خارجاً يترتب عليه وقوع ضرر للمجتمع أو أحد أفراده، أو يكون من شأنه التهديد بوقوع مثل هذا الضرر، فالقانون هو المحور والأساس الذي يحدد ما إذا كان الشخص يُعد مسئولاً أم لا ، فإذا خالف الشخص أي نص قانوني في أي فرع من فروع

---

(١) د/ محمد جلال حمزة: العمل غير المشروع باعتباره مصدر للالتزام " القواعد العامة والقواعد الخاصة" ، صـ١١، طبعة الاتحاد، سوريا ١٩٨٥م، د/حسن عكوش: المسئولية العقدية والتقصيرية في القانون المدني الجديد ، صـ١٠ ، طبعة دار الفكر الحديث، الطبعة الثانية ١٩٧٠م.

(٢) د/ حسين عامر وعبد الرحيم عامر: المسئولية المدنية التقصيرية والعقدية، صـ٣ ، طبعة دار المعرفة ١٩٧٩م .

القانون فإنه يُعد بمخالفته هذه مسئولاً عن هذه المخالفة، وإذا لم تقع المخالفة لنص القانون تنتفي المسئولية القانونية، ومن ثم فلا مجال للعقاب عليها أياً كان نوعه[١].

المطلب الأول

ماهية المسئولية العقدية

المسئولية القانونية هي : مُحاسبة الشخص على الضرر الذي يُحدثه بغيره، ويحدث الضرر عندما يسلك الشخص مسلكاً مخالفاً للقانون، ويترتب على هذا المسلك حدوث ضرر للمجتمع، أو أحد أفراده، أو يكون من شأنه التهديد بوقوع مثل هذا الضرر[٢].

والمسئولية القانونية تتنوع إلى أنواع حسب القاعدة التي تقع المخالفة لها، فإذا كانت المخالفة عن أحكام القانون المدني كانت المسئولية مدنية، وإذا كانت المخالفة عن أحكام القانون الإداري كانت المسئولية إدارية، وإذا كانت المخالفة عن أحكام القانون الجنائي كانت المسئولية جنائية[٣]، وإذا كانت المخالفة عن أحكام القانون الدستوري كانت المسئولية سياسية[٤].

(١) د/عبد المعطي عبد الخالق: النظرية العامة للغلط في القانون الجنائي، صـ ٤ ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق جامعة عين شمس، سنة ١٩٩٠م.

(٢) د/ محمود جمال الدين زكي: الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، صـ٤٤٢ ، طبعة جامعة القاهرة، الطبعة الثالثة ١٩٧٨م .

(٣) المسئولية الجنائية: هي التزام الشخص بتحمل النتائج التي رتبها القانون على أعماله غير المشروعة ، أي العقوبات التي ينص عليها القانون (راجع : د/ عبد الرؤوف مهدي : المسئولية الجنائية عن الجرائم الاقتصادية ، صـ١٦ ، طبعة منشأة المعارف ، الإسكندرية ١٩٧٦م) .

(٤) د/ جميل الشرقاوي: النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، صـ ٩٨ ، طبعة دار النهضة العربية ، ١٩٧٦م) .

ولما كانت المسئولية المدنية هي أساس موضوعنا ، فإن الأمر يحتاج إلى إلقاء الضوء عليها ، وهو مجال حديثنا في المطلب التالي:

فالمسئولية المدنية: هي الناشئة عن التزام المسئول بتعويض الأضرار الحادثة للغير، أو هي التزام المدين بتعويض الضرر الذي ترتب على إخلاله بالتزام يقع عليه(١)، فالمسئولية المدنية تترتب على ارتكاب الفرد لفعل يُعد مخالفة للقانون أو الاتفاق ويسبب به ضرراً للغير، ويرتب عليه القانون تعويض المصاب عما أصابه من ضرر بهدف إزالة أثر الفعل(٢)، والتعويض هو الحكم الذي يترتب على تحقق المسئولية المدنية وهو جزاؤها.

صور المسئولية المدنية :

تنقسم المسئولية المدنية إلى مسئولية تعاقدية وأخرى تقصيرية .

١- **المسئولية التعاقدية** : وهي جزاء الإخلال بالتزام سابق مصدره العقد، كمسئولية المقاول عن التأخير في إقامة البناء الذي تعهد ببنائه في الميعاد المُتفق عليه(٣).

---

(١) د/ عبد المنعم فرج الصدة : مصادر الالتزام ، صـ٤٢٦ ، طبعة دار النهضة العربية ، ١٩٨٦م .

(٢) فالمسئولية المدنية بوجه عام هي : المسئولية عن تعويض الضرر الناجم عن الإخلال بالتزام مقرر في ذمة المسئول، وقد يكون مصدر هذا الالتزام عقداً يربطه بالمضرور فتكون مسئوليته عقدية يحكمها ويحدد مداها العقد من جهة والقواعد الخاصة بالمسئولية العقدية من جهة أخرى ، وقد يكون مصدر هذا الالتزام القانون في صورة تكاليف عامة يفرضها على الكافة كالتزامهم بعدم مجاوزة سرعة معينة عند قيادة السيارات ، وعندئذ تكون مسئوليته مسئولية تقصيرية (راجع : المحامي/ شريف الطباخ: التعويض عن المسئولية التقصيرية والمسئولية العقدية في ضوء القضاء والفقه ، صـ ٤٠٦ ، الطبعة الأولى، طبعة مطبعة دار الفكر الجامعي ٢٠٠٦م) .

(٣) ولا تتوافر المسئولية العقدية إلا نتيجة إخلال أحد العاقدين بالتزامه على نحو سبَّب ضرراً للمتعاقد الآخر، ومن ثم فإنه يُشترط لقيام المسئولية العقدية توافر ثلاثة شروط: أولهما: أن يوجد عقد يربط بين المسئول وبين المضرور، ثانيهما: أن يكون هذا العقد صحيحاً، ثالثهما: أن يقع من الطرف المسئول إخلال بأحد التزاماته الناشئة عن هذا العقد ، يرتب ضرراً للطرف المضرور، فإن تخلفت =

فالمسؤولية العقدية تترتب على عدم تنفيذ الالتزام الناشئ عن العقد على الوجه المتفق عليه، وهذا يقتضي أن يكون هناك عقد صحيح في العلاقة بين الدائن والمدين، فإذا لم يوجد عقد بينهما أو كان العقد باطلاً لا تقوم أو تنشأ هذه المسؤولية.

فهي جزاء الإخلال بالالتزامات الناشئة عن العقد أو عدم تنفيذها أو تأخر فيها، وهذه المسؤولية لا تقوم إلا عند استحالة التنفيذ العيني ولم يكن من الممكن إجبار المدين على الوفاء بالتزاماته المتولدة عن العقد عيناً فيكون المدين مسؤولاً عن الأضرار التي يسببها للدائن نتيجة عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عن العقد، كما يتعين بقاء المتعاقدين في دائرة القوة الملزمة للعقد ما بقي التنفيذ العيني بالالتزام الناشئ عنه ممكناً، بحيث لا يكون لأيهما المطالبة بالجزاء الذي فرضه القانون لهذه القوة الملزمة بأعمال المسؤولية العقدية إلا إذا استحال تنفيذ هذا الالتزام نهائياً وبصفة مطلقة[1].

فالقوة الملزمة للعقد تقتضي قيام أطرافه بتنفيذ ما يقع على عاتقهم من التزامات فإنْ عدل أيّ من الطرفين على تنفيذ التزاماته أو تأخّر في تنفيذها كان بالإمكان إجباره على ذلك عن طريق تحريك المسؤولية العقدية.

٢- **المسئولية التقصيرية** : وهي جزاء الإخلال بواجب قانوني عام واحد لا يتغير، وهو الالتزام بعدم الإضرار بالغير، مثل مسئولية سائق السيارة الذي يقودها دون حيطة ، فيصيب إنساناً أو يتلف مالاً لأحد.

=

هذه الشروط أو بعضها امتنع قيام المسئولية العقدية، أما المسئولية التقصيرية فالأصل أنها تقوم في كل مرة لا تتوافر فيها تلك الشروط أو بعضها بحيث يعتبر المسئول أجنبياً عن المضرور (راجع: م/ شريف الطباخ: التعويض عن المسئولية التقصيرية والمسئولية العقدية في ضوء القضاء والفقه ، صـ ٤٠٧) .

(١) د/عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، طبعة دار النهضة، ١٩٩٨م ٧٤٨/٢، د/ جميل الشرقاوي: النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول مصادر الالتزام، طبعة دار النهضة العربية، ١٩٨١م، صـ ٤٩١ .

فالمسؤولية التقصيرية بشكل عام هي الحالة التي تنشأ خارج دائرة العقد ويكون مصدر الالتزام بها هو القانون، فإذا سلك الشخص سلوكًا سبب ضررًا للغير يلتزم بالتعويض، لذلك فهي تقوم على الإخلال بالتزام قانوني واحد لا يتغير هو الالتزام بعدم الإضرار بالغير، ومن خلالها يتحمل الشخص لنتائج وعواقب التقصير الصادر عنه أو عمن يتولى رقابته والإشراف عليه[١] .

المطلب الثاني

الفرق بين المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية

أوجه الالتقاء بين المسئولية التعاقدية والمسئولية التقصيرية .

١- **من حيث النوع** : المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية هما فرعا المسئولية المدنية، التي يتولى القانون المدني تنظيمها .

٢- **من حيث الأساس** : المسئولية العقدية والتقصيرية يقومان على أساس واحد وهو الإخلال بالتزام سابق ، سواء أكان مصدره العقد، أم كان القانون بمعناه الواسع .

٣- **من حيث الغاية** : الغاية من قيام المسئولية العقدية والتقصيرية في حق المسئول عن العمل غير المشروع، هي إصلاح الخلل الذي أحدثه هذا العمل في ذمة أحد طرفي العلاقة القانونية، وإعادة التوازن إلى الذمم المالية عن طريق إلزام المسئول بتعويض المضرور عن الضرر الذي لحق به[٢].

---

(١) د/عبد المنعم فرج الصدة : مصادر الالتزام دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٢م، صـ٤٣١ ، د/ سليمان مرقس: الوافي في شرح القانون المدني، الطبعة الخامسة، دار الكتب القانونية، القاهرة، ١٩٩٨م تنقيح د. حبيب الخليلي ٢٩١/٢.

(٢) د/عبد الحميد عثمان محمد: المفيد في شرح القانون المدني ، صـ ٣٩٨ وما بعدها ، طبعة دار النهضة العربية ١٩٩٢م ، د/ سليمان مرقس: الوافي في شرح القانون المدني ٢٩٢/٢ وما بعدها، د/ عبد الرزاق السنهوري :الوسيط في شرح القانون المدني ٧٤٨/٢ .

الفرق بين المسئولية العقدية والتقصيرية :

القول بوحدة المسئولية، أو القول بازدواجها، لا يقلل من أهمية التمييز فيما بين المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية في بعض الأحكام منها[1]

ويظهر الفرق بين المسئولتين في الأمور التالية.

١- **درجة الخطأ ومعياره** : في المسئولية العقدية يجب أن يكون الخطأ بلغ درجة معينة من الجسامة، بينما في المسئولية التقصيرية لا يتطلب ذلك فيكفي أن يكون خطأ يسيراً، وعليه فمعيار الخطأ العقدي معيار الشخص العادي، أما في المسئولية التقصيرية فهو معيار الشخص الحريص جداً.

٢ - **الأهلية**: في المسئولية العقدية يُشترط أهلية الرُشد في أكثر العقود، أما في المسئولية التقصيرية فيكفي أهلية التمييز.

٣ - **الإثبات** : في المسئولية العقدية يتحمل المدين عبء إثبات أنه قام بالتزامه العقدي بعد أن يثبت الدائن وجود العقد، أما في المسئولية التقصيرية فالدائن هو الذي يثبت أن المدين قد خرق التزامه القانوني وارتكب عملاً غير مشروع .

٤- **الإعذار** : في المسئولية العقدية يُشترط الإعذار لتحقيق المسئولية وطلب التعويض إلا في حالات استثنائية، أما في المسئولية التقصيرية فلا حاجة إلى الإعذار .

٥ - **مدى تعويض الضرر**: في المسئولية العقدية لا يمكن التعويض إلا عن الضرر المباشر المتوقع، فيما عدا حالتي الغش أو الخطأ الجسيم، وذلك لأن

---

(١) المحامي/ شريف الطباخ: التعويض عن المسئولية التقصيرية والمسئولية العقدية في ضوء القضاء والفقه ، صـ ٥٧٢ وما بعدها ، د/ سليمان مرقس: الوافي في شرح القانون المدني ٢٩٢/٢ وما بعدها .

المتعاقدين هما اللذان أنشأ الالتزام بإرادتهما، فهما اللذان حددا مدى التعويض عند الإخلال به ولم يدخل في حسابهما ضرر لم يتوقع، وبذلك لا يكون الضرر غير المتوقع داخلاً في التعاقد فلا يجب التعويض عنه، أما في المسئولية التقصيرية فيكون التعويض عن الضرر المباشر كله سواء كان متوقعاً أم غير متوقع، وذلك لأن الالتزام الذي حصل الإخلال به في هذه المسئولية قد أنشأه القانون وحدد مداه دون دخل لإرادة المتعاقدين، ولهذا وجب التعويض عن كل الضرر المباشر.

٦ - **التضامن** : في المسئولية العقدية لا يثبت التضامن إلا بالاتفاق ، فلا يُفترض بينهم ، وذلك لأن إرادة المتعاقدين عند تعدد المدينين هي التي تحدد مدى اشتراك كل مدين في المسئولية ، أما في المسئولية التقصيرية : فالتضامن ثابت بحكم القانون ، وذلك خطأ كل منهم هو السبب في إحداث الضرر .

٧ - **الإعفاء الاتفاقي من المسئولية** : في المسئولية العقدية يجوز بوجه عام، وذلك لأن المتعاقدين هما اللذان أنشأ الالتزام وحددا الآثار التي تترتب عليه، أما في المسئولية التقصيرية فلا يجوز ذلك، لأنها مقررة بنص القانون فهي من النظام العام .

٨ - **التقادم** : تتقادم المسئولية العقدية بخمس عشرة سنة، أما المسئولية التقصيرية فتتقادم بثلاث سنوات أو بخمس عشرة سنة حسب الأحوال[١].

(١) راجع في هذه الفوارق : د/ عبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني ٧٥٠/٢ ، د/ عبد المنعم فرج الصدة: مصادر الالتزام ، صـ٤٣١ ، د/ سليمان مرقس: الوافي في شرح القانون المدني ٢٩٢/٢ وما بعدها ، د/ جميل الشرقاوي: النظرية العامة للالتزام ، صـ ٢٨٩ .

المبحث الثاني

طبيعة المسئولية الطبية

مما لا شك فيه أنه يترتب على تقييد الحقوق حماية المجتمع من مخاطر استعمالها استعمالاً قاسياً أو استعمالاً أهوجاً أو خبيثاً، غير أن الشريعة لا تغالي في تقييدها إلى حد يعدمها أو يسلبها[1]، وإنما حفظت للفرد كيانه المستقل، تمتعه بحقوقه بشكل معتدل، وأعطت للمجتمع منزلته، وربطت ما بين الفرد والمجموع بأمتن الروابط[2].

وبناءً عليه فإن استعمال الطبيب لحقه لمجرد قصد الإضرار بالغير من المرضى، أو دون منفعة مقصودة لصاحبه مع تضرر الغير به، يعتبر غير مشروع[3]، لأن الحق ما شُرع إلا لتحقيق مصلحة مشروعة، فإذا ثبت استعماله لا لتحقيق هذه الغاية - بل للإضرار والعبث - كان هذا مُناقضاً لقصد الشارع في تشريعه للحق، ويترتب على ذلك مسئولية الطبيب عن فعله الضار لدفع هذا الضرر ونفي هذه المناقضة، وهذا يستلزم أن أوضح التكييف الشرعي والقانوني للمسئولية الطبية، وهذا ما أحاول إلقاء الضوء عليه من خلال المطالب التالية :

---

(١) الموافقات في أصول الشريعة ٢/ ١٢٩ ، ١٣١: للإمام أبي إسحاق إبراهيم بن موسي اللخمي الغرناضي الشهير بالشاطبي، طبعة دار المعرفة، بيروت، د/سعيد أمجد الزهاوي: التعسف في استعمال حق الملكية في الشريعة والقانون ، صـ ٣٩ ، دكتوراه ، كلية الحقوق، جامعة القاهرة .

(٢) د/ سعيد أمجد الزهاوي: التعسف في استعمال حق الملكية في الشريعة والقانون ، صـ ٤١ .

(٣) د/عبد المقصود شلتوت: نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي/ مجموعة أعمال أسبوع الفقه الإسلامي ، صـ ١٤٨ ، ١٤٩ ، ١٥٨ .

المطلب الأول : التكييف الشرعي للمسئولية الطبية .

المطلب الثاني : التكييف القانوني للمسئولية الطبية .

المطلب الأول

التكييف الشرعي للمسئولية الطبية

إن المسئولية الطبية لم تكن معروفة في الشريعة الإسلامية فحسب، بل كان لها فيها من القواعد الدقيقة ما يجعل تنظيمها في جوهره أقرب ما يكون إلى أحدث ما وصلت إليه أرفع الشرائع الجنائية والمدنية في العصر الحديث، والقاعدة الشرعية " أن كل من يزاول عملاً أو علماً لا يعرفه يكون مسئولاً عن الضرر الذي يصيب الغير نتيجة هذه المزاولة "[١].

وبناءً عليه تتفق كلمة فقهاء الشريعة على أن أصل المسئولية الطبية أنها عقدية، ويؤيد ذلك نصوصهم التي وردت في كتبهم :

الحنفية : قال الإمام السرخسي في المبسوط بالنص على ذلك صراحة " وأما فعل الفصَّاد والبَزَّاغ [٢] فإنه مضمون ضمان عقد "[٣]، ويُعلل الزيلعي من فقهائهم عدم

(١) د/ أحمد شرف الدين: الأحكام الشرعية للأعمال الطبية ، صـ ٥٢ وما بعدها ، طبعة ثانية ١٩٨٧م.

(٢) الفصَّاد هو : قطع عرق ليخرج منه الدم ، والفصاد هو صانع الفصادة ، والبزَّاغ هو : فعَّال من بزغ الحجام والبيطار الدم يبزغه بزغاً شرط ، والبزاغ للتكثير والمراد به البيطار(ابن تيمية – مجموع الفتاوى ٤٨٦/١٧)

(٣) المبسوط : لشمس الدين السرخسي ، طبعة دار المعرفة ، بيروت ١٤٠٩ هـ ١٩٨٩م ١٤٩/٢٦.

ضمان الحجام[١] ومن في معناه إذا لم يتعد عمله الموضع المعتاد بقوله : " لأنه التزمه بالعقد فصار واجباً عليه "[٢].

المالكية : ويعرض ابن رشد من المالكية لبعض أنواع من الصناع وخاصة من كان منهم يمارس أعمالاً فيها التغرير وتوقع الهلاك ، والأساس في ضمانهم ، وذلك في باب الإجارة، يستفاد منه أن المسئولية الناشئة عن أعمالهم هي مسئولية عقدية ، فيقول في هذا الصدد " والطبيب يموت العليل من معالجته وكذلك البيطار إلا أن يُعلم أنه تعدى فيضمن حينئذ "[٣].

الشافعية : جاء في كتاب الأم أن للإمام الشافعي قولان في استحقاق الطبيب الأجر إذا طلب منه القيام بأي عمل يتعلق بعلاج أو تطبيب ، أحدهما : أنه يستحق الأجر في حال السلامة والعطب ، والآخر : أنه ليس له من الأجر شيء إذا فعل ما لا يفعله مثله ، وهو أصح القولين[٤]

---

(١) الحجام : من حجم يحجم فهو حاجم ، والحجام للتكثير صانع الحجامة (المطلع على أبواب الفقه ٢٦٦/١) .

(٢) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق: للعلامة فخر الدين عثمان بن على الزيلعي الحنفي ، طبعة القاهرة ١٣١١ه، ١٣٧/٥، المرغيناني: الهداية ٢٤٥/٣ ، طبعة القاهرة المكتبة التجارية ، وجاء فيه : " إذا فصل الفصاد أو بزغ البزاغ ولم يتجاوز الموضع المعتاد فلا ضمان عليه فيما عطب من ذلك ، وفيه نوع بيان ، ووجهه : أنه لا يمكنه التحرز عن السراية لأنه يبتني على قوة الطبائع وضعفها في تحمل الألم فلا يمكن التقييد بالمصلح من العمل"

(٣) ابن رشد: بداية المجتهد ونهاية المقتصد ٩٩٧/١ ، طبعة دار الفكر، بيروت ، التاج والإكليل: لأبي عبد الله محمد العبدري ، طبعة دار الفكر ، بيروت ١٤٢٢هـ ٢٠٠٢م ، ٣٢٠/٦ .

(٤) الأم : للإمام الشافعي: ١٦٦/٦، طبعة دار المعرفة ، بيروت ١٣٩٣هـ ، حواشي الشرواني ١٩٧/٩ ، وجاء فيه : " الطبيب إذا لم يتعد لم يضمن إذا كان من أهل الحذق " .

الحنابلة : يُستفاد من نصوصهم أنها عقدية " أي أصلها العقد " ، قال ابن قدامة: " ويجوز أن يستأجر من يقلع ضرسه ، لأنها منفعة مباحة مقصودة ، فجاز الاستئجار على فعلها فإن أخطأ فقلع غير ما أمر بقلعه ضمنه لأنه من جنايته "[١].

وكذلك لا يخرج فقه المذاهب الأخرى[٢]عن كون المسئولية الطبية مسئولية عقدية بحسب الأصل ناشئة من إجارة الطبيب ونحوه من عمله الذي نصب نفسه من أجله ، أو كلفه به المستأجر أو طلبه منه، وذلك حسبما يكون الطبيب ونحوه فيها، أجيراً مشتركاً أو خاصاً .

فأصل المسئولية الطبية عند فقهاء الشريعة أنها مسئولية عقدية أساسها عقد بين الطبيب والمريض ، ويخضع هذا العقد لأحكام الإجارة في الفقه الإسلامي ، إلا في أحوال قليلة تكون فيها مسئولية الطبيب تقصيرية ومن هذه الأحوال :

الحالات التي تكون فيها مسئولية الطبيب تقصيرية .

الحالة الأولى : حالة الطبيب الذي يُعالج مريضاً بلا إذن ، أو بإذن ولكنه غير مُعتبر .

مثال ذلك : الإذن الصادر من الصبي أو المجنون أو العبد ، فإذا عالج فأتلف بالعلاج نفس واحد من هؤلاء فإنه يضمن[٣]، وأساس الضمان هنا هو المسئولية

(١) ابن قدامة : المغني والشرح الكبير ٤٩٥/٥ طبعة دار الفكر بيروت ١٩٨٣م ، ابن مفلح : المبدع ١١٠/٥ طبعة المكتب الإسلامي، بيروت، الطبعة الأولى ١٤٠١هـ ١٩٨١م، البهوتي : كشاف القناع ٣٥/٤ ، طبعة دار الكتب العلمية ، بيروت، الطبعة الأولى سنة ١٤١٨ هـ ١٩٩٧م، وجاء فيهما : " لا ضمان على حجام ولا بزاغ ولا ختان ولا طبيب إذا عُرف منهم حذق الصنعة ولم تجن أيديهم لأنه فعل فعلاً مباحاً فلم يضمن سرايتهم، فإن لم يكن لهم حذق في الصنعة ضمنوا لأنهم لا يحل لهم مباشرة القطع " .

(٢) الدراري المضيئة : لمحمد بن علي الشوكاني ٣٢٣/١ ، طبعة دار الجيل ، ١٤٠٧ هـ ١٩٨٦م .

(٣) نهاية المحتاج : للرملي ٢/٨ ، طبعة مصطفى الحلبي ، القاهرة ١٩٦٧م ، المغني والشرح الكبير ٣٤٩/١٠ .

التقصيرية، إذ لا يمكن أن يتصور هنا عقد أو اتفاق لعدم الإذن مطلقاً، أو لوجود إذن غير معتبر، ومسئولية الطبيب في هذه الحالة مطلقة أي سواء كان قد قصَّر الطبيب أو لم يقصر في العلاج ، طالما نتج عن علاجه ضرراً للمريض ، أما في المسئولية العقدية فإنه لا يضمن بمقتضاها إلا إذا قصَّر أو أهمل في تنفيذ العقد ، بينما الغرض هنا انعدام العقد أصلاً لعدم الإذن مطلقاً، أو لوجود إذن صادر ممن لا اعتبار لإذنه ، وذلك (كطبيب جهل أو علم وقصَّر في المعالجة حتى مات المريض بسبب ذلك يضمن والضمان على العاقلة في المسألتين .. ومفهوم الوصفين : أنه إذا لم يُقَصر وهو عالم أنه لا ضمان عليه بل هدر ، أو عالج بلا إذن معتبر بأن كان بلا إذن أصلاً ، أو بإذن غير معتبر شرعاً كأن عالج صبياً بإذنه فإنه يضمن ولو علم ولم يُقَصر)[١]، ولا ضمان على خاتن طفل أو عبد بإذن إلا أن جاوز الموضع ، وضمن بلا إذن مطلقاً[٢].

الحالة الثانية : حالة الطبيب الذي نصَّب نفسه للطب وهو جاهل .

يُشترط فيمن يشخصون المرض ويصفون الدواء أو يقومون بالجراحة " أن يكونوا من ذوي حذق في صناعتهم ولهم بها بصيرة ومعرفة[٣]، أما من تطبب ولم يعرف الطب فهو ضامن ، فقد يترتب على فعل مدعي الطب وهو المتعاطي لتلك الصنعة دون أن يكون ملماً بقواعدها – هلاك المريض – وفي هذه الحالة فإنه يضمن مُطلقاً قصَّر أو لم يُقَصر، والمسئولية في هذه الحالة تقصيرية ولو كان ثمة اتفاق سابق على العلاج ، فإن مثل هذا الاتفاق قائم على غير محل أصلاً ، وهذا النوع يستمد تحريمه من

(١) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٣١٥/٤ .

(٢) شرح كتاب النيل وشفاء العليل : لمحمد بن يوسف أطفيش ١٥٦/١٥ ، طبعة مكتبة الإرشاد، جدة، الطبعة الثالثة ١٤٠٥هـ ١٩٨٥م.

(٣) المغني والشرح الكبير: ابن قدامة ١٢٠/٦ .

قولـه (ﷺ) ﴿ مَـنْ تَطَبَّـبَ وَلَـمْ يُعْلَـمْ مِنْـهُ طِـبٌّ قَبْـلَ ذَلِـكَ فَهُـوَ ضَـامِنٌ ﴾[1]، فهـذا الحـديث الشريف قاطع الدلالة على أن المتعاطي علماً أو عملاً وهو جاهل لا يعرفه فيتولد عن فعله تلف أو هلاك نفس – متعد – فيضمن ضمان العدوان ، فإذا تولد عن فعله تلف ضمن الديـة وسقط عنـه القَود ، لأنـه لا يستبد بـذلك دون إذن المـريض[٢]، ولقد نـص الفقهاء على أنه يُحجر على المتطبب الجاهل ، أي يمنـع من عملـه ، لأنـه يفسد أبدان النـاس ، وإذا قـام بالعمـل الطبـي أو الجراحـي فهـو متعدٍ ، لأنـه غيـر مـأذون مـن جهـة الشرع[٣]، كما أنه بادعائه الطب غرر بالمريض ويلزمه حينئذ الضمان[٤].

الحالة الثالثة : حالة الطبيب الذي يقوم بالقصاص .

في هذه الحالة الطبيب الذي يباشر القصاص من الجـاني بـإذن مـن الإمـام ، فإنـه إذا زاد عمداً في عمليـة القصاص اقتص منـه بقدر الزيـادة ، وإن كانـت خطـأً كـان عقل الزيادة على عاقلته ، وأساس المسئولية في هذه الحالة أنها مسئولية تقصيرية ، حيث لا عقد بين الطبيب والمقتص منـه ، أمـا لـو قصر فنقص عن القدر المـراد استيفاؤه قصاصاً عمداً ، فإنه لا يُقتص ثانياً أو ثالثاً حتى يستوفي القصاص ، ولا قصاص على

(١) سنن بن ماجه ١١٤٨/٢ ، (٣١) كتاب الطب ، (٦) باب من تطبب ولم يعلم منـه طب حديث رقم ٣٤٦٦ ، سنن النسائي ٥٣/٨ ، كتاب القسامة ، باب صفة شبه العمد وعلى من دية الأجنة ، حديث رقم (٤٨٣٠) ، المستدرك على الصحيحين ٢٣٦/٤ ، كتاب الطب ، حديث رقم (٧٤٨٤) ، قال الحاكم : " صحيح الإسناد ولم يخرجاه " ، سنن البيهقي الكبرى ١٤١/٨ ، كتاب القسامة ، باب ما جاء فيمن تطبب بغير علم فأصاب نفساً فما دونها ، حديث رقم (١٦٣٠٧) ، رواه عمرو بن شعيب عن أبيه عن جدة .

(٢) الأشباه والنظائر: ابن نجيم ١٢١/١ ، طبعة دار الكتب العلمية ، بيروت ، الطبعة الأولى : ١٤١٣ هـ.

(٣) المغنـي والـشرح الكبيـر: ابـن قدامـة ٣٥٠/١٠ ، رد المحتـار علـى الـدر المختـار : ابـن عابـدين ١٨٣/٨ ، طبعة دار إحياء التراث العربي، طبعة ثانية بيروت ١٤١٩هـ ١٩٩٨م.

(٤) بداية المجتهد : ابن رشد ٣٤٦/٢ .

الطبيب بسبب هذا النقصان[١]، وذلك كطبيب باشر القصاص من الجاني وزاد على المساحة المطلوبة عمداً فيقتص منه بقدر ما زاد ، فلو نقص ولو عمداً فلا يقتص ثانياً ، فإن مات المقتص منه فلا شيء على الطبيب إذا لم يزد عمداً ولم يتعد المحل ، أو لم يتعمد الزيادة بل أخطأ ، فالعقل على الجاني وسقط القصاص ، فإن كان عمداً أو دون الثلث ففي ماله وإلا فعلى العاقلة[٢].

المطلب الثاني

التكييف القانوني للمسئولية الطبية[٣]

تثور المسئولية الطبية عندما يتخلف أبناء المهنة عن بذل العناية التي تتطلبها مهنتهم والتي ينتظرها منهم المرضى، وقد كانت تلك المسئولية محلاً للعديد من التطبيقات القضائية ، وبالتالي للكثير من التساؤلات حول تحديد طبيعتها، عقدية أم تقصيرية .

(١) د/ محمد صلاح الدين : أساس المسئولية التقصيرية في الشريعة الإسلامية والقانون المدني ، صـ ٣٣٧ ، دكتوراه – حقوق القاهرة .

(٢) شرح الخرشي: ابن موسى المالكي ٢٩٦/٤ ، طبعة دار الكتب العلمية ، بيروت ، الطبعة الأولى ١٤١٧ هـ ١٩٩٧م ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: ابن عرفة ٢٥٤/٤ ، طبعة دار الفكر ، بيروت.

(٣) د/ محمد فرحات حجازي: طبيعة المسئولية الطبية في الفقه الإسلامي والقانون المدني ، بحث منشور بمجلة كلية الشريعة والقانون بأسيوط ، العدد الثالث ، ١٤٠٥هـ ١٩٨٥م ، صـ ٣٧٥ ، د/ محمد حسين منصور: المسئولية الطبية ، صـ ١٣٥ ، طبعة منشأة المعارف بالإسكندرية، د/رأفت محمد أحمد حماد: مسئولية الجراح عن العمليات الجراحية في القانون المدني" دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي" ، بحث منشور بمجلة البحوث الفقهية والقانونية بكلية الشريعة والقانون بدمنهور ، العدد العشرون ٢٠٠٥م ، صـ ٩٣٥ .

وإذا كان القضاء الفرنسي قد استقر على أن المسئولية الطبية هي في الأصل مسئولية عقدية والاستثناء أن تكون تقصيرية، إلا أن القضاء المصري يقضي بأن مسئولية الطبيب مسئولية تقصيرية، إلا أنها يمكن أن تكون عقدية في بعض الأحوال، ورغم الاختلاف بين القضائين إلا أن النتيجة العملية تُعد تقريباً واحدة ، فكلا القضائين متفق على أن جوهر التزام الطبيب هو التزام ببذل عناية[1].

ومع ذلك فإن هناك بعض النتائج التي تقتضيها القواعد العامة والتي تترتب على تكييف المسئولية الطبية بأنها مسئولية تقصيرية أم مسئولية تعاقدية[٢].

فالمسئولية المدنية نوعان ، تعاقدية : وهي التي تنشأ عن عدم الوفاء بالتزام مصدره العقد ، وتقصيرية : وهي التي تترتب على كل إخلال بواجب قانوني لا يمت إلى العقد بصلة مباشرة ، وبين النوعين فروق كثيرة كما سبق ، أهمها ما يتعلق بعبء الإثبات ، فهو أخف كثيراً بالنسبة للمدعي تجاه المسئولية التعاقدية ، ثم ما يتعلق بالمدة المسقطة لدعوى التعويض في المدة الطويلة إذا كانت المسئولية تعاقدية ، والمدة المسقطة للدعوى العمومية إذا كانت تقصيرية ناشئة عن فعل معاقب عليه جنائياً (

(١) نقض مدني مصري في : ١٩٧١/١٢/٢١م ، مجموعة أحكام النقض ، سنة ٢٢ ق ، رقم ١٧٩ ، صـ ١٠٦٢ ، وفي نفس المعنى نقض مصري في : ١٩٦٩/٦/٢٦م ، مجموعة أحكام النقض ، سنة ٢٠ ق ، رقم ١٦٦ ، صـ ١٠٧٥ ، نقض مصري في : ١٩٦٦/٣/٢٢م ، مجموعة أحكام النقض ، سنة ١٧ ق ، نقض رقم ٨٨ ، صـ ٦٣٩ ، وانظر في الفقه المصري د/ السنهوري: الوسيط ٧٤١/١ ، فقرة ٤٢٩ ، فقرة ٥٤٨ ، صـ ٩٣١ ، د/ عبدالفتاح عبدالباقي: أحكام الالتزام في القانون الكويتي، صـ ٢٤ ، ٣٤ ، طبعة ١٩٧٨/١٩٧٧م ، د/ محمد لبيب شنب: نظرة في مسئولية الأطباء عن الأشياء التي في حراستهم ، المحامي (الكويت) ، السنة الخامسة ١٩٨١م ، الأعداد ٧-٩ ، صـ ١٣٥ ، د/ إبراهيم سيد أحمد: الوجيز في مسئولية الطبيب والصيدلي فقهاً وقضاءً ، صـ ٣٩ ، طبعة المكتب الجامعي الحديث ، طبعة أولى ٢٠٠٣م) .

(٢) د/محمد فرحات حجازي: طبيعة المسئولية الطبية في الفقه الإسلامي والقانون المدني، بحث منشور بمجلة كلية الشريعة والقانون بأسيوط، العدد الثالث، ١٤٠٥هـ ١٩٨٥م، صـ ٣٧٥ .

المادة ٢٧٧ : ٢٨٢ : ٦٣٧ تحقيق جنايات) ، ثم هناك فروق أخرى من حيث تقدير التعويض ، ومن حيث تضامن المسئولين ، ثم من حيث الاتفاق على الإعفاء من المسئولية كلها أو بعضها[١].

أما الفقه الفرنسي : فقد انقسم في هذا الشأن بين نظريتي المسئولية التقصيرية والمسئولية العقدية ، وقد رجح فيه الرأي القائل بأن مسئولية الطبيب تكون مسئولية عقدية في كل الأحوال التي تتوافر فيه شروط المسئولية العقدية ، أي التي يوجد فيها بين الطبيب والمريض عقد صحيح ، ويكون الضرر نتيجة الإخلال بالتزام ناشئ عن هذا العقد، فالعلاقة بين الطبيب والمريض هي علاقة تعاقدية ، فعنصر الرضاء المتطلب من قبل المريض أو من يمثله قانوناً لا يتصور بدون رابطة عقدية بينه وبين الطبيب الذي تناقش معه وفحص حالته وقبل إجراء العلاج[٢].

حالات كون المسئولية الطبية تقصيرية .

إذا كانت القاعدة العامة في الفقه الفرنسي هي اعتبار المسئولية الطبية ذات طبيعة تعاقدية ، إلا أن هناك بعض الحالات التي تكون فيها المسئولية تقصيرية وهي :

أولاً : عندما تأخذ مخالفة الطبيب لالتزامه ببذل العناية طابعاً جنائياً، أي يصبح فعله منطوياً تحت لواء التجريم، فسبب المسئولية الطبية هو الفعل المكون للجريمة ، ومن ثم فالقضاء الجنائي يكون مختصاً بالدعوى المدنية[٣].

---

(١) د/ سليمان مرقس: تعليقات على الأحكام في المواد المدنية : مسئولية الطبيب ومسئولية إدارة المستشفى ، صـ ١١٢ : ١٦٣ ، مجلة القانون والاقتصاد ، السنة السابعة ، العدد الأول ، عام ١٩٣٧م .

(٢) د/ سليمان مرقس: مسئولية الطبيب ومسئولية المستشفى ١٥٥/٧ .

(٣) ولقد طبق القضاء الفرنسي هذا المبدأ بمناسبة الممرضة التي تسبب إهمالها الجسيم في موت الوليد ، وبمناسبة نسيان الجراح لأداة من أدوات الجراحة بالجراحة مما ترتب على ذلك وفاة =

ثانياً : ذكرنا أن القضاء الفرنسي يسلم بأن المسئولية الطبية للطبيب تكون عقدية إذا ما كانت ظروف الحال تشير إلى قيام عقد بين الطبيب ومريضه ، وتنشأ المسئولية عند وقوع ضرر نتيجة مخالفة الالتزام التعاقدي ، أما إن كانت الدلائل تنبئ عن انعدام مثل هذه الرابطة العقدية فإن المسئولية الطبية تكون تقصيرية ، ويتحقق ذلك في الفروض الآتية :

١- عندما يتدخل الطبيب من تلقاء نفسه ، وذلك كإنقاذ جريح على الطريق أو غريق فقد الوعي ، فمثل هذا التدخل لا يكون بناءً على عقد بل هو أقرب إلى الفضول، ولا يغير من هذا الوصف كون الطبيب قد دُعِي إلى التدخل من قبل الجمهور ، فالجمهور ليس ذي صفة في تمثيل المريض[١].

٢- الحالات التي يتم فيها العلاج بناءً على اتفاق سابق بين جهة معينة والطبيب ، وذلك كأن تتفق مصلحة أو شركة مع طبيب[٢]، أو عيادة على علاج العاملين لديها ، فإذا أمكن القول بأن هناك عقد بين رب العمل والطبيب ، فإنه يصعب القول بوجود مثل هذا العقد بين العامل والطبيب ، فالعامل

=

المريض (راجع : د/ محمد حسين منصور: المسئولية الطبية ، صـ ١٣٨ ، طبعة منشأة المعارف بالإسكندرية ، د/ عبدالعظيم يوسف محمد مصطفى: المسئولية الجنائية عن خطأ الطبيب " دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون " ، دكتوراه ، جامعة الأزهر ١٤١٢هـ ١٩٩٣م ، صـ ٢٢٨ ، د/ إبراهيم سيد أحمد: الوجيز في مسئولية الطبيب والصيدلي فقهاً وقضاءً ، طبعة المكتب الجامعي الحديث ، طبعة أولى ٢٠٠٣م ، صـ ٣٩ وما بعدها) .

(١) د/ أحمد محمود إبراهيم سعد : مسئولية المستشفى الخاص عن أخطاء الطبيب ومساعديه ، صـ ٢٣٣ ، د/ عبدالعظيم يوسف محمد مصطفى : المسئولية الجنائية عن خطأ الطبيب ، صـ ٢٢٩ .

(٢) د/ محمد يوسف ياسين : المسئولية الطبية : مسئولية المستشفيات والأطباء والممرضين قانوناً وفقهاً واجتهاداً ، صـ ١٢ وما بعدها ، طبعة مطبعة الحلبي ٢٠٠٣م ، د/ عبدالعظيم يوسف محمد مصطفى :المسئولية الجنائية عن خطأ الطبيب ، صـ ٢٢٩ .

يستفيد من اشتراط لمصلحته في العقد المنعقد بين الجهة التي يعمل بها الطبيب أو المستشفى المعالج[١].

ثالثاً : وتكون المسئولية تقصيرية في الحالات التي ينجم عن تدخل الطبيب فيها ضرراً يصيب الغير ، وذلك كإهمال الطبيب في مراعاة وعلاج شخص مختل عقلياً ، فيصيب الغير بضرر ، وحالة إصابة الغير من عدوى المريض تحت رعاية الطبيب، أو بسبب استعماله نفس الآلة للعلاج[٢].

رابعاً : وتثور مسئولية الطبيب التقصيرية في حالة امتناعه عن علاج مريض أو إنقاذه بلا مبرر مشروع ، فمسلك الطبيب في هذه الحالة يخالف المسلك المألوف للطبيب اليقظ إذا وجد في نفس الظروف ، فالطبيب وإن كان حراً في مزاولة مهنته وله الحق في مباشرتها بالكيفية التي يراها إلا أن ذلك الحق مقيد بما تفرضه عليه مهنته من واجبات وما يقتضيه من الواجب الأدبي ، وإلا كان متعسفاً في استعمال حقه[٣].

الفقه المصري :

الحال في الفقه المصري لا يختلف كثيراً عن السابق في الفقه الفرنسي ، فقد ساير جانباً[٤]منه اتجاه الفقه الفرنسي من اعتبار طبيعة العمل العلاجي مستمد أصوله

---

(١) د/ محمد حسين منصور: المسئولية الطبية ، صـ ١٣٩ ، د/ عبدالعظيم يوسف محمد مصطفى : المسئولية الجنائية عن خطأ الطبيب ، صـ ٢٢٨ .

(٢) د/ حسن زكي الإبراشي: مسئولية الأطباء والجراحين المدنية ، طبعة ١٩٥١م ، صـ ٦٦ .

(٣) د/ محمد حسين منصور : المسئولية الطبية ، صـ ١٤٠ ، د/ عبدالعظيم يوسف محمد مصطفى : المسئولية الجنائية عن خطأ الطبيب ، صـ ٢٢٨ ، د/ محمد يوسف ياسين : المسئولية الطبية ، صـ ١٣ وما بعدها ، د/ حسن زكي الإبراشي: مسئولية الأطباء والجراحين المدنية ، صـ ٦٨ ، د/ عبد الرشيد مأمون : التأمين من المسئولية المدنية في المجال الطبي ، صـ ٢٠٠ ، طبعة دار النهضة العربية – القاهرة .

(٤) د/ عبدالرزاق السنهوري : الموجز في النظرية العامة للالتزام ، بند ٣٦٨ ، صـ ٣٣١ ، د/ مصطفى مرعي : المسئولية المدنية في القانون المصري ، بند ٧٠ ، صـ ٦٨ ، طبعة ١٩٣٦م ، د/ =

من القواعد القانونية التي توجب التزام الطبيب بالقيام بالعلاج ومراعاة الحيطة والحذر في أدائه ، وأن الإخلال بذلك يستوجب المسئولية التقصيرية إذا ما نجم عن أدائه لهذا العمل ضرر للشخص المعالج ، وأن الطبيب المسئول عن تعويض الضرر المترتب على خطأه ومسئوليته هذه مسئولية تقصيرية ، بعيدة عن جميع عناصر الدعوى من غير رقابة عليه ، وهذا يتناسب وتفسير المادة (١٦٣ مدني مصري)[١]، ونتيجة لهذا المعيار، فالطبيب يُسأل عن خطأه اليسير متى كان فعله مكوناً لركن الخطأ وفقاً للمادة المذكورة .

موقف القضاء المصري :

لقد سار القضاء المصري على نهج قرينه في فرنسا من اعتبار مسئولية الطبيب مسئولية تقصيرية ، وتمسكت محكمة النقض المصرية بالنظرية التقليدية في مجال المسئولية الطبية[٢]، فهي في أحكامها المختلفة تبحث عن وقوع خطأ من جانب

=

حسن عكوش : المسئولية في القانون المدني الجديد ، صـ ٦٨ ، الطبعة الأولى ١٩٥٧م ، الناشر القاهرة الحديثة .

(١) ومضمون هذه المادة هو أن : " كل خطأ سبب ضرر للغير يلزم مرتكبه بالتعويض " ، (الأستاذ /علي أبو المجد – أحكام النقض على مواد القانون المدني في ربع قرن ، صـ ٢٠٢ ، الطبعة الأولى ١٩٥٥م) .

(٢) فقد قضت محكمة النقض بأنه لا يمكن مساءلة طبيب المستشفى العام إلا على أساس المسئولية التقصيرية ، لأنه لا يمكن القول في هذه الحالة بأن المريض قد اختار الطبيب لعلاجه حتى ينعقد عقد بينهما ، كما لا يمكن القول بوجود عقد اشتراط لمصلحة المريض بين إدارة المستشفى العام وبين أطبائها ، لأن علاقة الطبيب الموظف بالجهة الإدارية التي يتبعها هي علاقة تنظيمية وليست تعاقدية ، وبذلك لا يكون هناك محل لبحث مسئولية طبيب المستشفى العام في دائرة المسئولية التعاقدية (نقض ١٩٦٩/٧/٣م ، س ٢٠ ، صـ ١٠٩٤) ، هذا الحكم يقرر الطبيعة التقصيرية للمسئولية الطبية في فرض معين هو العلاج لدى طبيب المستشفى العام حيث ينعدم اختيار المريض للطبيب ، ومن ثم تنتفي المسئولية العقدية ، فهو وإن صلح بخصوص كل الحالات التي لا يختار فيها المريض طبيبه ، إلا أنه لا يصلح كمبدأ عام في جميع حالات المسئولية الطبية ، وبصفة خاصة عندما يختار المريض الطبيب ، كأن يلجأ إليه في عيادته الخاصة مثلاً (راجع : د/ محمد حسين منصور : المسئولية الطبية ، صـ ١٤٢) .

الطبيب ، لكي تقول بوجود المسئولية المدنية ، وقد اتجهت في أول الأمر إلى القول بأن مسئولية الطبيب تعتبر مسئولية تقصيرية، وقد ظل هذا الوضع قائماً لفترة طويلة[١]، فطبقت المحاكم الأهلية المادة (١٥١ مدني أهلي) ، وكذلك طبقت المحاكم المختلطة المادة (١٣مدني مختلط)[٢].

وقد سار القضاء المصري على نفس النهج باطراد ، وأكدت ذلك المبدأ محكمة النقض المصرية ، في نفس الوقت الذي أكدت قرينتها في فرنسا أن مسئولية الطبيب عقدية[٣]في حكم صادر لها بتاريخ ١٩٣٦/٦/٢٢م إذ قررت " أن الطبيب مسئول عن تعويض الضرر المترتب على خطأه في المعالجة بالأشعة ، ومسئوليته هذه مسئولية تقصيرية بعيدة كل البُعد عن المسئولية التعاقدية "[٤]، وفي عام ١٩٦٩م أصدرت محكمة النقض المصرية حكماً عدلت فيه عن موقفها السابق وقضت بأنها مسئولية عقدية ، والطبيب وإن كان لا يلتزم بمقتضى العقد الذي انعقد بينه وبين مريضه بشفائه، أو بنجاح العملية التي يجريها له ، لأن التزام الطبيب ليس التزاماً بتحقيق نتيجة ، وإنما هو التزام ببذل عناية ، إلا أن العناية المطلوبة فيه تقتضي أن يبذل الطبيب جهوداً صادقة يقظة تتفق في غير الظروف الاستثنائية مع الأصول المستقرة

(١) د/ عبد الرشيد مأمون : التأمين من المسئولية المدنية في المجال الطبي ، صـ ٢٣ ، د/ رأفت محمد أحمد حماد : مسئولية الجراح عن العمليات الجراحية في القانون المدني " دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي " ، بحث منشور بمجلة البحوث الفقهية والقانونية بكلية الشريعة والقانون بدمنهور ، العدد العشرون ٢٠٠٥م ، صـ ٩٣٥ .

(٢) استئناف مصر ١٩٤٠/١/٢٣ ، مجلة المحاماة ، س ٢٢ ، بند ٨٥ ، صـ ٢٥٨ ، استئناف مصر الأهلية ١٩٣٦/١/٢م ، المجموعة الرسمية ، السنة ٣٧ ، بند ٩٣ ، صـ ٢٦٠ ، د/ عبد الرشيد مأمون : التأمين من المسئولية المدنية في المجال الطبي ، صـ ٢٣ .

(٣) د/ أحمد محمود إبراهيم سعد : مسئولية المستشفى الخاص عن أخطاء الطبيب ومساعديه ، صـ ٢٤٤ .

(٤) نقض مدني في ١٩٣٦/٦/٢٢م ، مجلة المحاماة ، السنة ١٧ ، صـ ٢٩٤ ، د/ أحمد محمود إبراهيم سعد – مسئولية المستشفى الخاص عن أخطاء الطبيب ومساعديه ، صـ ٢٤٤ .

في علم الطب[١]، أما الأصول العلمية الثابتة فيقصد بها الأصول التي يعرفها أهل العلم ولا يتسامحون مع من يجهلها أو يتخطاها ممن ينتسب إلى علمهم أو فنهم ، لهذا يلجأ القضاء إلى الخبراء من الأطباء والجراحين لتقرير ما إذا كان زميلهم قد جهل تلك الأصول أو تخطاها[٢]، فيُسأل الطبيب عن كل تقصير في مسلكه الطبي لا يقع من طبيب في مستواه المهني وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المسئول[٣].

مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون في هذا الخصوص .

يتبين ما سبق ، أن الشريعة الإسلامية الغراء جاءت بالنص الواضح على أن المسئولية الطبية إنما تخضع لعقد الإجارة بين الطبيب والمريض ، ويكاد يكون هناك اتفاق على ذلك ، قال الإمام مالك في المدونة الكبرى : " وإذا استؤجروا على العلاج فإنما هو على البُرء ، فإن برئ فله حقه وإلا فلا شيء "[٤]، وقد تقدمت النصوص الدالة على ذلك ، إلا في أحوال معينة تكون فيها المسئولية الطبية تقصيرية .

أما فقهاء القانون فقد اختلفوا كثيراً فيما بينهم ، بجانب اختلاف الفقه مع القضاء في كل من فرنسا ومصر على طبيعة المسئولية الطبية ، فكانت في أول الأمر المسئولية الطبية للطبيب عقدية ثم تقصيرية مع الخلافات المذكورة سابقاً في ذلك.

---

(١) د/ عبد الرشيد مأمون : التأمين من المسئولية المدنية في المجال الطبي ، صـ ، ٢٣ ، د/ حسين عامر : المسئولية المدنية التقصيرية ، صـ ٩٨.

(٢) د/ محمود مصطفى : مسئولية الأطباء والجراحين الجنائية ، مجلة القانون والاقتصاد ، صـ ٢٣ .

(٣) د/ عبد الرشيد مأمون : التأمين من المسئولية المدنية في المجال الطبي ، صـ ، ٢٣.

(٤) د/ محمد زين العابدين طاهر: نطاق الحماية الجنائية لعمليات زرع الأعضاء في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، ٦١٥/٢ ، دكتوراه ، شريعة أسيوط ١٩٨٦م .

المبحث الثالث

التكييف القانوني للاتفاقات المتعلقة بالمسئولية العقدية في الالتزامات الطبية

يُقصد باتفاقات المسئولية العقدية أن يتفق طرفي العقد – الطبيب والمريض – على أثر المسئولية – التعويض – من حيث التشديد على المسئولية ، وذلك ينصب في مصلحة المريض ، وإما أن يتفقا على التخفيف من المسئولية ، وهو أن يحصل المريض المضرور على تعويض إلا إنه ليس بالقدر الكافي أو الوافي للضرر، وإما أن يتفقا على الإعفاء من المسئولية نهائياً ، وهو ما يصب في مصلحة الطبيب وليس للمريض فيه من شيء، وعلى ذلك أتناول في هذا المبحث الصور الثلاث المختلفة والمتدرجة من الشدة إلى الإعفاء مروراً بالتخفيف ، وذلك تباعاً على النحو التالي :

المطلب الأول : الاتفاق على تشديد المسئولية .

المطلب الثاني : الاتفاق على تخفيف المسئولية .

المطلب الثالث : الاتفاق على الإعفاء من المسئولية .

المطلب الأول

الاتفاق على تشديد المسئولية

أجاز القانون المدني المصري في مادته (١/٢١٧) الاتفاق على تشديد مسئولية المدين[١]، ويكون التشديد بالاتفاق على مسئولية المدين عن السبب الأجنبي، وعند هذا الاتفاق ليس أمام القاضي إلا إعماله بإقامة مسئولية المدين دون اعتداد بتخلف السببية بين الخطأ الصادر والضرر الواقع ، وبديهي أن هذا الاتفاق يتم بين طرفي العقد– الطبيب والمريض – وليس مع آخر من الغير[٢]، حيث إن اتفاق المسئول مع الغير ليحمل عنه المسئولية دون انضمام المضرور للاتفاق يُعد هذا اتفاق على ضمان المسئولية لا يمنع المضرور من مطالبة المسئول متجاهلاً هذا الضامن[٣]، وبناءً على هذا الاتفاق السابق فإنه يجوز الاتفاق على ما هو أقل من القوة القاهرة والحادث

(١) تنص المادة (١/٢١٧ مدني مصري) على أنه:" يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث المفاجئ والقوة القاهرة.

(٢) تنص المادة (١٤٧ مدني مصري) على أن: " العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون"، وقاعدة العقد شريعة المتعاقدين مؤداها عدم استقلال أي من طرفي العقد بنقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين أو لأسباب يقرها القانون (نقض مدني في ١٩٩٩/٢/١م ، طعن رقم ٥٤١ ، سنة ٦٧ ق) وينبني على ذلك أنه إذا توافرت في العقد أركانه من تراضي ومحل وسبب فإنه يقع صحيحاً وتترتب عليه آثاره القانونية التي اتجهت إليها إرادة المتعاقدين ما لا يكن القانون قد نص على البطلان جزاء لاعتبارات عامة تتعلق بها مصلحة الجماعة استثناءً من مبدأ سلطان الإرادة، ويتعين في هذه الحالات المستثناة مراعاة الحدود والقيود التي ينص عليها القانون وعدم التوسع في التفسير، وأخذاً بهذه القواعد في التفسير (نقض مدني مصري في: ١٩٩٠/٦/٢٨م ، طعن رقم ٤٨٨، سنة ٥٧ ق، م نقض م، ٤٠١/٤١ ، مشار إليه عند: م/ شريف الطباخ : التعويض عن المسئولية التقصيرية والمسئولية العقدية في ضوء القضاء والفقه ، الطبعة الأولى ، طبعة مطبعة دار الفكر الجامعي ٢٠٠٦م ، صـ ٤٥٢ ، ٤٥٣) .

(٣) نقض مدني مصري في : ١٩٦٨/٤/٤م ، الطعن رقم ١٦١ لسنة ٣٤ ق ، ١٩/ ٧٢٩ .

المفاجئ من باب أولى باعتبار أن من يملك الأكثر يملك الأقل ، وعلى ذلك يجوز الاتفاق على أن يكون التزام الطبيب ببذل عناية التزاماً بتحقيق نتيجة من باب التشديد(١)، وقد يكون التشديد باتفاق الطرفين على التعويض مسبقاً أياً ما كانت الأضرار ومتى وقعت ، وذلك بالطبع في حدود الاحتمالات والظنون المتوقعة ، وبذلك يكون للتشديد ثلاث صور وأشكال نستعرضها تباعاً :

أولاً : الاتفاق على تحمل المسئول نتائج السبب الأجنبي:

تتشدد مسئولية المدين العقدية في هذه الصورة لدرجة التعويض عن نتائج السبب الأجنبي المتمثل في القوة القاهرة والحادث الفجائي ، حيث يكون الفعل المطلوب التعويض عنه غير ممكن التوقع وغير ممكن الدفع(٢) .

ومع ذلك يجوز الاتفاق على تعويض الضرر الناتج برغم ذلك ، وهذا يُعد تعديلاً لأركان المسئولية العقدية ، حيث تنشأ المسئولية برغم خلوها من ركنين أساسيين فيها وهما : الخطأ والسببية ، حيث إن المسئول لم يرتكب خطأ محدد يمكن تعيينه ، ولم يؤد بعينه لمثل هذا الضرر الحادث ، ولكن قبل أن يُلزم القاضي المسئول بتعويض هذا الضرر الناشئ عن القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ يجب التأكد من وجود اتفاق صريح وليس ضمنياً بين أطراف العقد على تحمل المسئول التعويض ، وأنه متى تيقن القاضي من وجود هذا الاتفاق تولى العمل به والحكم بالتعويض لمصلحة المضرور دونما حاجة لبحث الخطأ أو علاقة السببية(٣).

---

(١) د/ سليمان مرقس : الوافي في شرح القانون المدني ، الفعل الضار ، صـ ٦٤٦ .

(٢) د/ عبد الرزاق السنهوري : مصادر الالتزام ٩١٩/١ .

(٣) د/ الهيثم عمر سليم :المسئولية المدنية عن أضرار البدائل الصناعية الطبية ، صـ ٦٠٤ وما بعدها، دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة أسيوط ٢٠٠٦م .

فإذا ما حدث إبان عملية التطبيب شيئاً من قبيل القوة القاهرة الغير ممكنة التوقع أو الدفع كزلزال مثلاً أدى بدوره لحدوث أضرار للمضرور الواقع تحت إمرة الطبيب كسقوطه مثلاً وسيلان الدم منه أو غير ذلك وكان هناك اتفاق معد مسبقاً بشمول مسئولية الطبيب مثل هذه الأحداث وجب على الطبيب تعويض المضرور برغم بعده عن الخطأ[١].

ويرى الدكتور/ السنهوري : أن في هذا التعويض نوعاً من التأمين لضمان حصول المضرور على تعويض يجبر ضرره متى كان الخطأ والسببية غائبين ، ولم يوجد مسئول نلزمه بالتعويض فيحل الطبيب محل المسئول عن أفعال القوة القاهرة والحادث المفاجئ ، ولكن بشرط الاتفاق السابق وإلا فلا ، ونرى في ذلك ضمانة للمضرور ذلك الطرف السلبي أو الأضعف[٢].

ثانياً : الاتفاق على تحويل الالتزام بعناية لالتزام بغاية :

إذا كان القانون قد أجاز الاتفاق على تعويض القوة القاهرة والحادث المفاجئ تلك الأشياء التي لا دخل للمطالب بالتعويض فيها ، فإنه من باب أولى وباعتبار أن من يملك الأكثر يملك الأقل يجوز الاتفاق على أن يصير التزام الطبيب ببذل عناية إلى التزام بتحقيق نتيجة ، عندئذ تنشأ مسئولية الطبيب بمجرد عدم تحقيق تلك النتيجة المرجوة ، حيث يتم إعفاء المضرور من إثبات خطأ الطبيب أو حتى مجرد إخلاله بالتزامه لكون الخطأ هنا مفترض طالما لم تتحقق النتيجة[٣].

---

(١) د/ محمد حاتم صلاح الدين عامر : المسئولية المدنية عن الأجهزة الطبية ، صـ ٢٢٨ وما بعدها ، دكتوراه ، جامعة القاهرة ، عين شمس ١٩٩٦م ، م/ شريف الطباخ : التعويض عن المسئولية التقصيرية والمسئولية العقدية في ضوء القضاء والفقه ، صـ ٤٥٢ ، ٤٥٣ .

(٢) د/ عبد الرازق السنهوري : مصادر الالتزام ٩١٩/١ .

(٣) د/ محمد لبيب شنب : الوجيز في نظرية الالتزام ، مصادر الالتزام ، صـ ٣١٤ ، طبعة ١٩٩٣م .

وبرغم ذلك توجد بعض الصور الطبية غير فعالة في هذا الشأن كما في مجال نقل الدم البشري والتصرف فيه ، حيث إن التزام الطبيب في هذا المجال إنما هو التزام بتحقيق نتيجة وليس ببذل عناية، فهو التزاماً محدداً لتحقيق غاية هي ضمان سلامة نقل دم نقي متفق مع فصيلة دم المريض(١)، فنظراً لوجود الالتزام بنتيجة في هذا المجال فلا حاجة للاتفاق عليه في العقد .

ثالثاً : الاتفاق المسبق على استحقاق التعويض :

قد يحدث وأن يتفق المريض والطبيب على مقدار محدد من التعويض في زمن أسبق على الإخلال أو الضرر وعلى أحقية المريض واستحقاقه للتعويض دونما احتياج المضرور أن يثبت الضرر اللاحق به ، وعلى ذلك فإن عدم تنفيذ المسئول – الطبيب – لالتزامه يوجب للمضرور بمقتضى الاتفاق السابق التعويض المحدد سلفاً حتى ولو لم يصبه ضرر من جَراء إخلال الطبيب بالتزامه أو عدم تنفيذه إياه ، وحتى في حالة كون الضرر أقل من التعويض المتفق عليه .

فلو حدث اتفاق بين المريض والطبيب على مقدار تعويض محدد في حالة الضرر أو حالة إخلال الطبيب بالتزامه أو امتناعه فإن المريض يستحق التعويض في حالات إخلال الطبيب بالتزامه وعدم تنفيذه الالتزام ، أو إصابته بضرر حتى ولو كان الضرر أقل من قيمة التعويض المتفق عليه ، أو كانت قيمة التعويض تفوق الضرر بمراحل ، وإن كان يجوز تخفيض التعويض ، وبديهي أن يكون تشديد المسئولية بكون التعويض المتفق عليه يفوق الضرر المباشر المتوقع حال التعاقد والذي يتم

(١) ابن القيم : زاد الميعاد ١١١/٣ ، طبعة المطبعة المصرية.

التعويض عنه، وأرى أن هذا الاتفاق به نوعاً من المقامرة لإمكانية زيادة الضرر عن المتوقع[١].

المطلب الثاني

الاتفاق على تخفيف المسئولية [٢]

لم ينص المشرع على الاتفاق المتعلق بتخفيف المسئولية وإن كان قد أجاز الاتفاق على الإعفاء من المسئولية العقدية حال خلوها من الغش أو الخطأ الجسيم[٣]، ولكن مع غياب النص التشريعي يظل الاتفاق على التخفيف وارداً ، وذلك أمر بديهي منطقي ، فمن يملك الإعفاء يملك التخفيف ، ومن صور هذا التخفيف هنا تحويل التزام الطبيب من التزام بنتيجة إلى التزام بعناية ، وهذا ما يمكن الطبيب من الإفلات من إلزامية التعويض ويعرض المريض لعبء إثبات تقصير الطبيب وإخلاله العقدي ، ولعل الأمر لا يختلف كثيراً هنا عن الإعفاء من المسئولية ، حيث ذهب القول إلى أن التزام التخفيف يأخذ حكم اتفاق الإعفاء ، وما التخفيف من المسئولية إلا إعفاء جزئي[٤].

---

(١) د/ الهيثم عمر سليم : المسئولية المدنية عن أضرار البدائل الصناعية الطبية ، صـ ٦٠٥ وما بعدها.

(٢) نقض مدني مصري في : ١٩٧٥/٦/٣م ، م نقض م ، ١١٤١/٢٦ ، وبنفس المعنى في : ١٩٥٨/١١/١٣م ، م نقض م ، ٦٨٩/٩ .

(٣) راجع نص المادة (١/٢١٧ مدني مصري) .

(٤) د/ أحمد سلامة : مذكرات في نظرية الالتزام ، مصادر الالتزام ، صـ ٢٩٦ ، طبعة مطبعة التعاون ١٩٧٥م ، د/ أيمن العشماوي : فعل المضرور والإعفاء الجزئي من المسئولية ، صـ ١٦٨ ، طبعة دار النهضة العربية ١٩٩٩م .

وإذا كان المشرع قد أقر بطلان الاتفاق على الإعفاء من المسئولية في المجال التقصيري فإنه تبعاً لذلك يقر بطلان الاتفاق على التخفيف أيضاً، وعلى ذلك يذهب الرأي ببطلان الاتفاقات العقدية على التخفيف من المسئولية الطبية ، حيث إن جسم الإنسان وحياته لا يجوز أن يخضعا للاتفاق الذي يكفي وروده على المال ، وأن هذا ما يجب على المشرع المصري التطلع إليه بالنص عليه صراحة ، بأن يبطل أي اتفاق يعفي أو يخفف من المسئولية التي يكون محلها حياة الإنسان أو سلامته أو صحته[١] .

وهذا ما أراه أيضاً أكثر ملائمة وخاصة في مجال التصرف في الدم البشري ، حيث إن المريض الذي يحتاج إلى نقل الدم مثلاً يُعد مغلوباً على أمره ، ويسعى لإنقاذ وإدراك ما يمكن له إنقاذه ، وليس من العدل أن نترك لمعالجته الحد من حقه في تعويضه التعويض الوافي بالسماح له بالاتفاق معه على الإعفاء أو التخفيف ، وأن عدم التوازن بين طرفي هذا العقد وطبيعة محل هذا العقد توجب الاتجاه نحو التشديد وليس التخفيف أو الإعفاء ، فمن يجير المضرور أو يجبر ضرره غير ذلك الطبيب الذي كان بإمكانه توضيح الصورة للمريض بشكل أكثر وضوح ، وخاصة في ظل مجال أصبح فيه اليقين أقرب إلى الشك[٢].

(١) راجع نص المادة (٣/٢١٧ مدني مصري) ، د/ محمد لبيب شنب : المسئولية عن الأشياء ، صـ ٤٧٩ .

(٢) د/ الهيثم عمر سليم: المسئولية المدنية عن أضرار البدائل الصناعية الطبية ، صـ ٦٠٦ وما بعدها.

المطلب الثالث

الاتفاق على الإعفاء من المسئولية

انتهى القول إلى جواز الاتفاق على الإعفاء من المسئولية العقدية، في حين أنه لا يجوز مثل هذا الاتفاق في إطار المسئولية التقصيرية تلك المتعلقة بالنظام العام[1]، وذكرت المادة (٢/٢١٧ مدني مصري) إجازة الاتفاق على إعفاء المسئول من المسئولية ما لم يصدر عنه غشاً أو خطأ جسيماً، مع حقه في اشتراط عدم مسئوليته عن الغش أو الخطأ الجسيم الصادر من الأشخاص التابعين له والذين يستخدمهم في تنفيذ التزامه، ومعنى ذلك أن المسئولية تنشأ وأركانها تتوافر، إلا أن المدين لا يُسأل بسبب وجود اتفاق سابق على الإعفاء من المسئولية مع مراعاة عدم ارتكابه غشاً أو خطأً جسيماً[٢].

---

(١) وهذا عين ما ذهب إليه علماء الفقه الإسلامي ، فيجوز في العقود الاتفاق على التنازل عن الحق في التعويض عن الأموال والحقوق المادية ، أو التخفيف من المسئولية ، أو التشديد فيها ، إذ لا مانع شرعاً من الاتفاق على الإعفاء من التعويض بسبب الإخلال بالتزام تعاقدي ، ويجب الوفاء بالشرط المتفق عليه (د/ وهبة الزحيلي : نظرية الضمان أو أحكام المسئولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي " دراسة مقارنة ، طبعة دار الفكر ، دمشق ، ١٩٨٢م ، صـ ١٠٨) ، وأما في المسئولية التقصيرية عن الأعمال غير المشروعة ، سواء في الأموال أم في الجنايات على الأنفس ، فلا يُعتد شرعاً بالاتفاق أو الإذن باعتداء إذا كان المال للغير يكون مضموناً بالإتلاف ، أما المال الخاص وإن كان يُحَرم شرعاً إتلافه أو الأمر بإتلاف ، فإنه لا يضمن حينئذ . وهذا ما تدل عليه عبارات الفقهاء في القواعد والأمثلة الآتية : " إذا أمر شخص إنساناً بأخذ مال الغير ، فالضمان على الآخذ ، لآن الأمر لم يصح ، وفى كل موضع لم يصح الأمر ، لا يجب الضمان على الآمر " ، " ما حُرّم فعله حُرّم طلبه " ، " الأمر بالتصرف في ملك الغير باطل " ، " لا ينفذ أمر القاضي إلا إذا وافق الشرع " ، " ليس للإمام أن يخرج شيئاً من يد أحد إلا بحق ثابت معروف "(السيوطي: الأشياء والنظائر ، صـ ١٠٩ ، ابن نجيم :الأشياء والنظائر١/ ١٥٨) .

(٢) د/ الهيثم عمر سليم : المسئولية المدنية عن أضرار البدائل الصناعية الطبية ، صـ ٦٠٦ وما بعدها .

ومع ذلك فقد ذهب رأي فقهي[١] : إلى عدم جواز كون جسم الإنسان محلاً للإعفاء من المسئولية عما يلحق به من أضرار، مفسرين ذلك الجواز على ما يلحق بمال الإنسان وليس جسده ، في حين ذهب رأي آخر[٢]: إلى إجازة الاتفاق على إعفاء الطبيب من مسئوليته عن الضرر اللاحق بجسم الإنسان وصحته وحياته طالما هذا الضرر ليس منشأه العمد أو جسامة تصرف الطبيب ، وكذلك في ظل صمت المشرع عن إصدار حكم في هذا الأمر، وبين هذين الرأيين رأي ثالث[٣]: يؤيد الرأي الأول ويرجح عدم جواز مثل هذا الاتفاق ، وحجته في ذلك أن المادة (٢/٢١٧ مدني مصري) عندما أجازت مثل هذا الاتفاق افترضت أن صاحب الحق يملك المحل الوارد عليه الإعفاء ، وذلك ما جعل له حرية الخيار بين التمسك والإعفاء ، بينما جسم الإنسان وحياته ليست ملكاً للإنسان يهبها كيفما يشاء ويعبث بها متى شاء، وإنما هي ملك لله تعالى ، ولا يجوز للمستفيد منها التعامل فيها إلا فيما ينفعها ، ولا ينقص من قدرها ، فليس له في ذلك من شيء .

وهذا يعني عدم جواز الاتفاق على الإعفاء من المسئولية في حالة الإضرار بالمريض لكون المريض لا يملك جسده ، وليس له الحق في التصرف في صحته أو حياته لكونها مملوكة لله – تعالى – وأنه مع صحة العقد المُبرم بين الطبيب والمريض يبطل شرط الاتفاق هذا ، وبرهان عدم ملكية الإنسان لجسده وحياته عدم إباحة المشرع الجنائي حق التنازل بين الأفراد في الجرائم التي يعاقب عليها قانون العقوبات .

---

(١) د/ أحمد حشمت أبو ستيت : نظرية الالتزام في القانون المدني ، صـ ٤٦٦ ، الكتاب الأول ، طبعة مطبعة مصر ، الطبعة الثانية ١٩٥٤م .

(٢) د/ محمد لبيب شنب : الوجيز في نظرية الالتزام ، مصادر الالتزام ، صـ ٣١٦ .

(٣) د/ محمد حاتم صلاح الدين عامر: المسئولية المدنية عن الأجهزة الطبية ، صـ ٢٣٣ وما بعدها ، د/أحمد شرف الدين: الأحكام الشرعية للأعمال الطبية ، صـ ٤٢ وما بعدها ، د/ عبدالعزيز المراغي: مسئولية الأطباء ، مجلة الأزهر ٢١٣/٢٠ .

كما يرى ذات الرأي[١] عدم جواز الاتفاق على إعفاء الطبيب من غش أو جسامة خطأ من يستخدمهم في تنفيذ التزامه بسبب جهل الطبيب وعدم معرفته بأولئك القائمين على التنفيذ ، وأنه لابد وأن يُؤخذ في الاعتبار الوضع غير المتكافئ بين الطبيب والمريض في المجال الطبي ، ومركز المريض الضعيف ورغبته الجارفة في الشفاء ، ورضوخه التام لأي إملاء طبي صادر عن الطبيب ، كما أنه ليس من العدل إعفاء الطبيب من المسئولية حال تقصيره .

وعودة مرة أخرى لكون الإنسان بحياته وجسده وصحته فوق كل اتفاق وفوق كل اعتبار[٢]، وأنه إذا كان ثبوت مسئولية البائع في إخفاء عيوب خفية يرتب استحقاق المشتري التعويض عن الضرر المتوقع وغير المتوقع ، ويدخل ضمن التعويض الخسارة اللاحقة نتيجة الحوادث التي وقعت لأسباب راجعة لهذا العيب[٣]، وهذه الحماية مقررة لشيء ، فإنه من باب أولى وأجدر أن تكون تلك الحماية لجسم الإنسان وحياته[٤].

ونخلص من ذلك : أن شرط الإعفاء من المسئولية أو تحديدها هو ذلك الشرط الذي ينص سلفاً على أن عدم تنفيذ الالتزام أو تنفيذه معيباً لا يكون سبباً في قيام

(١) د/ محمد حاتم صلاح الدين عامر : المسئولية المدنية عن الأجهزة الطبية ، صـ ٢٣٤ وما بعدها .

(٢) د/ أحمد حشمت أبو ستيت : نظرية الالتزام في القانون المدني ، الكتاب الأول ، طبعة مطبعة مصر، الطبعة الثانية ١٩٥٤م ، صـ ٤٦٦ .

(٣) د/ أحمد شوقي عبدالرحمن : ضمان العيوب الخفية في بيوع السيارات ، صـ ٢٦٤ ، طبعة ١٩٨٣م .

(٤) وإذا كان يترتب على اتفاق الإعفاء هذا سقوط المسئولية العقدية وارتفاع المسئولية التقصيرية والتزام المريض إثبات الخطأ الصادر عن المدين فإن ذلك يتعارض مع قاعدة عدم جواز الخيرة بين المسئوليتين (راجع في هذا : د/ عبد الرزاق السنهوري : مصادر الالتزام ٩٢٣/١ ، د/ محمد حاتم صلاح الدين عامر: المسئولية المدنية عن الأجهزة الطبية ، صـ ٣٣٥ ، ٣٣٦ ، د/ محمد لبيب شنب : الوجيز في نظرية الالتزام ، مصادر الالتزام ، صـ ٣١٥ ، طبعة دار النهضة ١٩٧٧/٧٦م).

المسئولية تجاه المسئول ، أو أن يكون مسئولاً مسئولية جزئية[١]، وهذا شرط تترتب عليه آثار خطيرة ، فوجب تقييده وعدم التوسع فيه[٢].

فيمكن إيجاز القول في أن هذه المسألة مرتبطة بالأساس الموضوع سلفاً والذي يقوم عليه الالتزام العقدي ، فمتى كان هذا الأساس مرتبطاً بالمشرع ، أو أن القانون هو الذي فرض الالتزام على العقد ، فليس مقبولاً أن يُصاحب الاتفاق المعقود اتفاق آخر ينص على أن عدم تنفيذ هذا الالتزام لا يُؤدي لقيام أي مسئولية ، لأن هذا يعني إنكار قوة الالتزام المُراد تنفيذه .

وعكس ذلك إذا كان الالتزام المطلوب تنفيذه يعتمد على إرادة الطرفين ، فإن الاتفاق على الإعفاء من المسئولية يكون صحيحاً لعدم تعارضه مع النظام العام .

(١) د/ محمود جمال الدين زكي : مشكلات المسئولية المدنية ، صـ ٣٩١ ، طبعة مطبعة القاهرة ١٩٧٨م.

(٢) د/ الهيثم عمر سليم : المسئولية المدنية عن أضرار البدائل الصناعية الطبية ، صـ ٦٠٧ وما بعدها ، دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة أسيوط ٢٠٠٦م.

الخاتمة وأهم النتائج والتوصيات

الحمد لله الذي يسَّر بكرمه وفضله ولطفه إتمام هذا البحث ؛ فله الحمد أولاً وآخرًا ، ظاهرًا وباطنًا، وأسأله سبحانه المزيد من فضله وتوفيقه وإحسانه .

وبعد:

فالجدير بالذكر أن خاتمة البحث ليست ترديداً لما حواه من تقسيمات وموضوعات مُثارة، ولكنها عرض لما توصلنا إليه من نتائج وتوصيات، وبناءً عليه أذكر فيما يلي أهم نتائج هذا البحث، ثم أعقب ذلك بذكر بعض التوصيات المقترحة في هذا الصدد، والله أسأل أن يرزقنا التوفيق والسداد في القول والعمل .

أهم النتائج

أولاً : كون الإنسان بحياته وجسده وصحته فوق كل اتفاق وفوق كل اعتبار، فإنه وإذا كان ثبوت مسئولية البائع في إخفاء عيوب خفية يرتب استحقاق المشتري التعويض عن الضرر المتوقع وغير المتوقع ، ويدخل ضمن التعويض الخسارة اللاحقة نتيجة الحوادث التي وقعت لأسباب راجعة لهذا العيب، وهذه الحماية مقررة لشيء ، فإنه من باب أولى وأجدر أن تكون تلك الحماية لجسم الإنسان وحياته.

ثانياً : شرط الإعفاء من المسئولية أو تحديدها في مجال الالتزامات الطبية هو ذلك الشرط الذي ينص سلفاً على أن عدم تنفيذ الالتزام أو تنفيذه معيباً لا يكون سبباً في قيام المسئولية تجاه المسئول، أو أن يكون مسئولاً مسئولية جزئية، وهذا شرط تترتب عليه آثار خطيرة ، فوجب تقييده وعدم التوسع فيه.

ثالثاً : متى كان الأساس الذي يقوم عليه الالتزام العقدي مرتبطاً بالمشرع، أو أن القانون هو الذي فرض الالتزام على العقد ، فليس مقبولاً أن يُصاحب الاتفاق المعقود اتفاق آخر ينص على أن عدم تنفيذ هذا الالتزام لا يُؤدي لقيام أي مسئولية، لأن هذا يعني إنكار قوة الالتزام المُراد تنفيذه، وعكس ذلك إذا كان الالتزام المطلوب تنفيذه يعتمد على إرادة الطرفين، فإن الاتفاق على الإعفاء من المسئولية يكون صحيحاً لعدم تعارضه مع النظام العام.

رابعاً : المسؤولية العقدية تترتب على عدم تنفيذ الالتزام الناشئ عن العقد على الوجه المتفق عليه، وهذا يقتضي أن يكون هناك عقد صحيح في العلاقة بين الدائن والمدين، فإذا لم يوجد عقد بينهما أو كان العقد باطلاً لا تقوم أو تنشأ هذه المسؤولية.

خامساً : الغاية من قيام المسئولية العقدية والتقصيرية في حق المسئول عن العمل غير المشروع، هي إصلاح الخلل الذي أحدثه هذا العمل في ذمة أحد طرفي العلاقة القانونية، وإعادة التوازن إلى الذمم المالية عن طريق إلزام المسئول بتعويض المضرور عن الضرر الذي لحق به.

سادساً : أصل المسئولية الطبية عند فقهاء الشريعة أنها مسئولية عقدية أساسها عقد بين الطبيب والمريض، ويخضع هذا العقد لأحكام الإجارة في الفقه الإسلامي، إلا في أحوال قليلة تكون فيها مسئولية الطبيب تقصيرية.

سابعاً : يُقصد باتفاقات المسئولية العقدية في مجال الالتزامات الطبية أن يتفق طرفي العقد – الطبيب والمريض – على أثر المسئولية – التعويض – من حيث التشديد على المسئولية، وذلك ينصب في مصلحة المريض، وإما أن يتفقا على التخفيف من المسئولية، وهو أن يحصل المريض المضرور على تعويض إلا إنه ليس بالقدر الكافي أو الوافي للضرر، وإما أن يتفقا على الإعفاء من المسئولية نهائياً، وهو ما يصب في مصلحة الطبيب وليس للمريض فيه من شيء.

ثامناً : جواز الاتفاق على الإعفاء من المسئولية العقدية، في حين أنه لا يجوز مثل هذا الاتفاق في إطار المسئولية التقصيرية تلك المتعلقة بالنظام العام.

وصلى الله على سيدنا محمد وآله الأطهار وصحبه الأخيار وسلم تسليمًا كثيرًا

والحمد لله رب العالمين

أهم مراجع البحث[1]

- ابن القيم : زاد الميعاد ، طبعة المطبعة المصرية .
- ابن رشد: بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، طبعة دار الفكر، بيروت .
- ابن عابدين : رد المحتار على الدر المختار ، طبعة دار إحياء التراث العربي، طبعة ثانية بيروت ١٤١٩هـ ١٩٩٨م.
- ابن عرفة : حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، لابن عرفة ، طبعة دار الفكر ، بيروت.
- ابن قدامة : المغني والشرح الكبير ، طبعة دار الفكر بيروت ١٩٨٣م .
- ابن مفلح : المبدع ، طبعة المكتب الإسلامي، بيروت، الطبعة الأولى ١٤٠١هـ ١٩٨١م .
- ابن نجيم : الأشباه والنظائر، ابن نجيم ، طبعة دار الكتب العلمية ، بيروت ، الطبعة الأولى : ١٤١٣ هـ.
- أطفيش : شرح كتاب النيل وشفاء العليل ، لمحمد بن يوسف أطفيش ، طبعة مكتبة الإرشاد، جدة ، الطبعة الثالثة ١٤٠٥هـ ١٩٨٥م.
- البهوتي : كشاف القناع ، طبعة دار الكتب العلمية ، بيروت، الطبعة الأولى سنة ١٤١٨ هـ ١٩٩٧م .

(١) هذه المراجع مرتبة ترتيباً أبجدياً .

- د/ إبراهيم سيد أحمد : الوجيز في مسئولية الطبيب والصيدلي فقهاً وقضاءً ، طبعة المكتب الجامعي الحديث ، طبعة أولى ٢٠٠٣م .
- د/ أحمد حشمت أبو ستيت : نظرية الالتزام في القانون المدني ، الكتاب الأول ، طبعة مطبعة مصر ، الطبعة الثانية ١٩٥٤م .
- د/ أحمد سلامة : مذكرات في نظرية الالتزام ، مصادر الالتزام ، طبعة مطبعة التعاون ١٩٧٥م .
- د/ أحمد شرف الدين: الأحكام الشرعية للأعمال الطبية ، صـ ٥٢ وما بعدها ، طبعة ثانية ١٩٨٧م.
- د/ أحمد شوقي عبدالرحمن : ضمان العيوب الخفية في بيوع السيارات ، طبعة ١٩٨٣م .
- د/ الهيثم عمر سليم : المسئولية المدنية عن أضرار البدائل الصناعية الطبية ، دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة أسيوط ٢٠٠٦م.
- د/ أيمن العشماوي : فعل المضرور والإعفاء الجزئي من المسئولية ، طبعة دار النهضة العربية ١٩٩٩م .
- د/ حسن زكي الإبراشي: مسئولية الأطباء والجراحين المدنية ، طبعة ١٩٥١م .
- د/ حسن عكوش: المسئولية في القانون المدني الجديد ، الطبعة الأولى ١٩٥٧م ، الناشر القاهرة الحديثة .
- د/ حسين عامر وعبد الرحيم عامر: المسئولية المدنية التقصيرية والعقدية، طبعة دار المعرفة ١٩٧٩م .

- د/ سليمان مرقس: الوافي في شرح القانون المدني، طبعة دار الكتب القانونية، القاهرة، ١٩٩٨م.
- د/ سليمان مرقس: تعليقات على الأحكام في المواد المدنية : مسئولية الطبيب ومسئولية إدارة المستشفى، مجلة القانون والاقتصاد ، السنة السابعة ، العدد الأول ، عام ١٩٣٧م .
- د/ عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، طبعة دار النهضة، ١٩٩٨م .
- د/ عبد الرشيد مأمون: التأمين من المسئولية المدنية في المجال الطبي ، طبعة دار النهضة العربية .
- د/ عبد الرؤوف مهدي: المسئولية الجنائية عن الجرائم الاقتصادية، طبعة منشأة المعارف، الإسكندرية ١٩٧٦م.
- د/ عبد المنعم فرج الصدة : مصادر الالتزام ، طبعة دار النهضة العربية ١٩٨٦م .
- د/ عبدالعظيم يوسف محمد مصطفى: المسئولية الجنائية عن خطأ الطبيب " دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون " ، دكتوراه ، جامعة الأزهر ١٤١٢هـ ١٩٩٣م .
- د/ عبدالفتاح عبدالباقي: أحكام الالتزام في القانون الكويتي، طبعة ١٩٧٨/١٩٧٧م .
- د/ محمد جلال حمزة: العمل غير المشروع باعتباره مصدر للالتزام " القواعد العامة والقواعد الخاصة" ، طبعة الاتحاد، سوريا ١٩٨٥م.
- د/ محمد حاتم صلاح الدين عامر : المسئولية المدنية عن الأجهزة الطبية ، دكتوراه ، جامعة القاهرة ، عين شمس ١٩٩٦م .
- د/ محمد حسين منصور: المسئولية الطبية ، طبعة منشأة المعارف بالإسكندرية .

- د/ محمد زين العابدين طاهر: نطاق الحماية الجنائية لعمليات زرع الأعضاء في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، دكتوراه ، شريعة أسيوط ١٩٨٦م .
- د/ محمد صلاح الدين : أساس المسئولية التقصيرية في الشريعة الإسلامية والقانون المدني ، دكتوراه – حقوق القاهرة .
- د/ محمد فرحات حجازي: طبيعة المسئولية الطبية في الفقه الإسلامي والقانون المدني ، بحث منشور بمجلة كلية الشريعة والقانون بأسيوط ، العدد الثالث ، ١٤٠٥هـ ١٩٨٥م .
- د/ محمد لبيب شنب : الوجيز في نظرية الالتزام ، مصادر الالتزام ، طبعة دار النهضة ١٩٧٧/٧٦م .
- د/ محمد لبيب شنب: نظرة في مسئولية الأطباء عن الأشياء التي في حراستهم ، المحامي (الكويت) ، السنة الخامسة ١٩٨١م .
- د/ محمد يوسف ياسين : المسئولية الطبية : مسئولية المستشفيات والأطباء والممرضين قانوناً وفقهاً واجتهاداً ، طبعة مطبعة الحلبي ٢٠٠٣م .
- د/ محمود جمال الدين زكي : مشكلات المسئولية المدنية ، طبعة مطبعة القاهرة ١٩٧٨م.
- د/ محمود جمال الدين زكي: الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، طبعة جامعة القاهرة، الطبعة الثالثة ١٩٧٨م .
- د/ مصطفى مرعي : المسئولية المدنية في القانون المصري ، طبعة ١٩٣٦م .
- د/ وهبة الزحيلي : نظرية الضمان أو أحكام المسئولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي " دراسة مقارنة ، طبعة دار الفكر ، دمشق ، ١٩٨٢م .

- د/أحمد مفلح خوالده : شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية " دراسة مقارنة" ، طبعة ٢٠١١م.
- د/جميل الشرقاوي: النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول مصادر الالتزام ، طبعة دار النهضة العربية، ١٩٨١م.
- د/حسن عكوش: المسئولية العقدية والتقصيرية في القانون المدني الجديد ، طبعة دار الفكر الحديث، الطبعة الثانية ١٩٧٠م
- د/سعيد أمجد الزهاوي: التعسف في استعمال حق الملكية في الشريعة والقانون ، دكتوراه ، كلية الحقوق، جامعة القاهرة .
- د/شريف الطباخ: التعويض عن المسئولية التقصيرية والمسئولية العقدية في ضوء القضاء والفقه ، الطبعة الأولى، طبعة مطبعة دار الفكر الجامعي ٢٠٠٦م .
- د/عبد الحميد عثمان محمد: المفيد في شرح القانون المدني ، طبعة دار النهضة العربية ١٩٩٢م .
- د/عبد المعطي عبد الخالق: النظرية العامة للغلط في القانون الجنائي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة عين شمس، سنة ١٩٩٠م.
- د/عبد المقصود شلتوت: نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي/ مجموعة أعمال أسبوع الفقه الإسلامي .
- د/عبد المنعم فرج الصدة : مصادر الالتزام دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٢م.
- د/علي أبو المجد : أحكام النقض على مواد القانون المدني في ربع قرن ، الطبعة الأولى ١٩٥٥م .

- د/محمد فرحات حجازي: طبيعة المسئولية الطبية في الفقه الإسلامي والقانون المدني، بحث منشور بمجلة كلية الشريعة والقانون بأسيوط، العدد الثالث، ١٤٠٥هـ ١٩٨٥م.
- د/محمود جمال الدين زكي: الوجيز في النظرية العامة للالتزامات ، طبعة جامعة القاهرة، الطبعة الثالثة، ١٩٧٨م .
- الرملي : نهاية المحتاج ، للرملي ، طبعة مصطفى الحلبي ، القاهرة ١٩٦٧م .
- الزيلعي : تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للعلامة فخر الدين عثمان بن على الزيلعي الحنفي ، طبعة القاهرة ١٣١١ه.
- السرخسي : المبسوط لشمس الدين السرخسي ، طبعة دار المعرفة ، بيروت ١٤٠٩ هـ ١٩٨٩م .
- الشاطبي : الموافقات في أصول الشريعة : للإمام أبي إسحاق إبراهيم بن موسي اللخمي الغرناضي الشهير بالشاطبي، طبعة دار المعرفة، بيروت.
- الشافعي : الأم للإمام الشافعي، طبعة دار المعرفة ، بيروت ١٣٩٣هـ .
- الشوكاني : الدراري المضيئة ، لمحمد بن علي الشوكاني ، طبعة دار الجيل ، ١٤٠٧ هـ ١٩٨٦م .
- العبدري : التاج والإكليل، لأبي عبد الله محمد العبدري ، طبعة دار الفكر ، بيروت ١٤٢٢هـ ٢٠٠٢م .
- المالكي : شرح الخرشي، لابن موسى المالكي ، طبعة دار الكتب العلمية ، بيروت ، الطبعة الأولى ١٤١٧ هـ ١٩٩٧م .
- المرغيناني: الهداية ، طبعة القاهرة المكتبة التجارية .